

Klimat- och näringslivsdepartementet

Endast via e-post: kn.remissvar@regeringskansliet.se

Göteborg den 23 juni 2025

**REMISSYTTRANDE ÖVER SOU 2025:22, FÖRBÄTTRAD KONKURRENS I OFFENTLIG OCH
PRIVAT VERKSAMHET (KN2025/00748, KN2025/00567)**

Advokataktiebolaget Albatross får lämna följande synpunkter på betänkandet.

Yttrandet begränsar sig till den del av betänkandet som avser förslag om införande av lagen om offentlig säljverksamhet.

1 SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER

Vi avstyrker införandet av en förbudsregel med föreslagen utformning och åtföljande befogenheter för Konkurrensverket. Förslaget är mycket långtgående och skulle innebära ett systemskifte. Grunddragen i nuvarande regelverk bör behållas. Ekonomiska sanktioner och tvångsvisa ingripanden bör endast, som enligt dagens regelverk, komma i fråga om ett lagakraftvunnet domstolsavgörande inte efterlevs.

Om en förbudsregel trots allt ska genomföras bör otillbörlighetsrekvisitet tas bort ("otillbörligt sätt") vad avser förbudet mot *säljverksamhet*. Lagförslaget enligt betänkandets motivering är utformat på ett sätt som gör att rekvisitet alltid kommer att vara uppfyllt; det fyller därmed ingen funktion utan blir närmast vilseledande.

2 BETÄNKANDETS PUNKT 6.6.2 OCH FÖRFATTNINGSKOMMENTAREN TILL 3 § (S. 532 F) – FÖRBUD MOT OTILLBÖRLIG OFFENTLIG SÄLJVERKSAMHET INFÖRS

Vi avstyrker införandet av en förbudsregel med den utformning som betänkandet föreslår. Vi avstyrker vidare det åtföljande förslaget om mycket långtgående nya och utökade befogenheter till Konkurrensverket.

Ett ständigt gällande förbud i lag, av konkurrensrättslig typ, måste möta höga krav på juridisk förutsebarhet. Den offentliga aktören måste på ett rimligt sätt kunna avgöra om denne riskerar att överträda förbudet.

Den kommunala kompetensen är idag inte bestämd på ett sätt som med hög precision ger besked om vad som är tillåtet respektive otillåtet i fråga om olika verksamheter runt om i landet. Ett i lag ständigt gällande förbud – som förbjuder all verksamhet som inte är förenlig med den kommunala kompetensen och beivrar överträdelser även retroaktivt med höga avgifter¹ – är därmed en allt för långtgående åtgärd. Den underliggande materiella regleringen av den kommunala kompetensen har inte den exakthet som krävs för att en förbudsregel av föreslagen typ ska vara lämplig och ändamålsenlig.

Ett ständigt gällande lagstadgat förbud av föreslagen modell kommer att ha en mycket stark handlingsdirigerande verkan. Ju otydligare det är exakt vad som är förbjudet, desto större försiktighetsmarginal måste en aktör iakttas för att inte råka överträda förbudet. Den typen av drivkrafter – som manar till försiktighet *framför allt annat* – rimmar illa med den nuvarande materiella regleringen av den kommunala kompetensen, där ledord är dynamisk tillämpning över tid och behov av anpassning till skiftande kommunlokala förhållanden. Det handlingsutrymme och den flexibilitet som finns i regleringen av den kommunala kompetensen riskerar att bli illusoriskt, om betänkandets förslag genomförs.

Som betänkandet framhåller är det många gånger en oviss bedömningsfråga att bestämma de exakta gränserna för den kommunala kompetensen (se bland annat s. 469–470). Särskilt anmärkningsvärt är att en offentlig aktör enligt förslaget kan drabbas av en hög marknadsstörningsavgift, för förfluten tid, även vid ett frivilligt upphörande av verksamheten.

¹ Till de ingripande åtgärderna hör också befogenheten att besluta om förelägganden, som gäller omedelbart, exempelvis om att en verksamhet (överträdelse) ska upphöra en viss dag vid äventyr av vite.

En effekt av förslaget är att kommunalrättsligt tillåten och ur ett samhällsperspektiv önskvärd säljverksamhet kan bli föremål för avveckling (eller aldrig inleds) av rena försiktighetsskäl, till men för kommunmedlemmarna.

Det nu anförda talar starkt för att bibehålla nu gällande ordning, där Konkurrensverket får ansöka i domstol om ett förbud och där ett förbud, som huvudregel, blir gällande först efter en lagakraftvunnen domstolsprövning.

Om förslaget trots allt ska ligga till grund för lagstiftning, har vi följande ytterligare synpunkter.

Konkurrensverket bör ha bevisbördan även för ett påstående att den offentliga säljverksamheten inte är förenlig med lag

I betänkandet anges att det är den offentlige aktören som ska ha bevisbördan för att förfarandet eller verksamheten är försvarbar från allmän synpunkt, eftersom denne har bäst förutsättningar att motivera varför en viss verksamhet drivs (s. 349). Tillräckliga skäl för denna ”omkastade” bevisbörda har enligt vår mening inte presenterats. När det handlar om ingripande myndighetsbeslut med höga retroaktiva avgifter och/eller betungande förelägganden vid vite bör tillsynsmyndigheten, dvs. Konkurrensverket, bära bevisbördan för samtliga omständigheter som utgör grunderna för beslutet.

När det gäller den rent rättsliga bedömningen – som regelmässigt kommer att handla om förenligheten med lag – har ingen part en ”bevisbörda”. Bevisbördan avser omständigheter. Däremot är det av vikt att rättsregeln inte utformas på ett sätt som direkt eller indirekt skapar en presumtion för att all offentlig säljverksamhet är olaglig (som rättslig utgångspunkt). Osäkerheter i rättsläget rörande den kommunala kompetensen, vilka är en följd av att lagstiftaren har önskat en dynamisk kommunal kompetens, bör rätteligen inte gå ut över den offentliga aktören. Sådana osäkerheter bör i stället föranleda att tillsynsmyndigheten inte anses ha presenterat tillräckligt övertygande rättsligt stöd för sin bedömning att verksamheten strider mot lag.

Otillbörlighetsrekvisitet fyller ingen funktion

Betänkandets förslag att använda rekvisitet otillbörligt är inte lämpligt (”otillbörligt sätt”). Inte heller går det att utläsa i betänkandet, när det gäller förbudet mot *säljverksamheter*, vilket egentligt behov som rekvisitet fyller.

Det framgår tydligt av betänkandet att blotta närvaron av en offentlig aktör på marknaden normalt sett ska anses påverka privata aktörer på marknaden (faktiska eller presumtiva) på ett sådant sätt som ska träffas av förbudet i 3 § första stycket (se särskilt författningskommentaren, s. 533). En sådan utgångspunkt (att offentlig närvaro på marknaden är förbjuden) innebär, självklart, att i princip all offentlig säljverksamhet som sker på en marknad kommer att vara att betrakta som otillbörlig i bestämmelsens mening.²

Om otillbörligt ("otillbörligt sätt") ska användas som ett meningsfullt rekvisit måste det åtminstone teoretiskt finnas offentlig säljverksamhet, på en marknad, som är tillbörlig.³ Så är inte fallet med de utgångspunkter som redovisas i betänkandet. Det ges inget exempel på vad som kan anses utgöra en "tillbörlig" säljverksamhet och det är, i ljuset av betänkandets beskrivningar av otillbörlig säljverksamhet, omöjligt att ens på ett teoretiskt plan identifiera en situation där en säljverksamhet, på en marknad, ska betraktas som tillbörlig. Därmed saknar rekvisitet funktion.

En bättre lagteknisk lösning, om lagförslaget ska leda till lagstiftning, är att ta bort rekvisitet "otillbörlig" i 3 §. Då blir all offentlig säljverksamhet förbjuden "*... som påverkar eller är ägnat att påverka möjligheterna för privata aktörer att bedriva verksamhet på marknaden.*". Den utformningen innebär att det enda sättet för en offentlig säljverksamhet att undkomma förbudet är att uppfylla försvarbarhetsbedömningen enligt andra stycket i 3 §. En offentlig säljverksamhet kan vara antingen försvarbar eller förbjuden. Som betänkandet får uppfattas är det just detta rättsläge som betänkandet vill uppnå.

Att lägga till en tillbörlighetsbedömning, som i själva verket (på sin höjd) bara överlappar försvarbarhetsbedömningen, tillför ingenting. Alla rekvisit i en rättsregel bör ges en distinkt och självständig funktion.

Med otillbörlighetsrekvisitet borttaget blir alltså lagtextens utformning följande:

3 § Det är förbjudet för en offentlig aktör att bedriva en säljverksamhet, eller att i en säljverksamhet tillämpa ett förfarande, som påverkar eller är ägnat att påverka möjligheterna för privata aktörer att bedriva verksamhet på marknaden.

Förbudet i första stycket gäller inte en säljverksamhet eller ett förfarande som är försvarbart från allmän synpunkt.

² Dvs. att den på ett otillbörligt sätt "... påverkar eller är ägnad att påverka..." enligt 3 §.

³ Dvs. att den på ett tillbörligt sätt "... påverkar eller är ägnad att påverka..." enligt 3 §.

Om ovanstående reglering övervägs är det enligt vår mening att föredra att sammanfoga styckena till ett enda stycke, så att försvarbarhetsmomentet, som rekvisit, integreras i själva förbudsbestämmelsen.

Våra synpunkter på otillbörlighetsrekvisitet enligt ovan gäller förbudsregleringen vad avser att bedriva en säljverksamhet. Beträffande förbud mot att *tillämpa ett förfarande* i en säljverksamhet fyller rekvisitet en funktion enligt betänkandet (i författningskommentaren, s. 532, beskrivs exempel som diskriminering och underprissättning). När det gäller specifikt förbud mot förfaranden i en säljverksamhet har vi således ingen erinran mot att en förbudsregel kan innehålla ett otillbörlighetsrekvisit.

Det bör övervägas att – för kommunernas del – placera förbudsregleringen i kommunallagen

Syftet med betänkandets förslag är i praktiken att all kommunal säljverksamhet, som inte är förenlig med den kommunala kompetensen, ska vara förbjuden. Rättsregeln handlar därmed i praktiken uteslutande om den kommunala kompetensen. Detta blir särskilt tydligt om det närmast vilseledande otillbörlighetsrekvisitet tas bort.

När kravet på konkret konkurrenspåverkan helt tas bort och domstolsprövning föreslås ske i de allmänna förvaltningsdomstolarna, finns det enligt vår mening få skäl att placera en sådan förbudsregel i en särskild lag. Vi förordar således att förbudsregeln införs i kommunallagen och att Konkurrensverkets befogenheter regleras i ett särskilt kapitel i den lagen.

En invändning mot att placera regleringen i kommunallagen är att regleringen, såvitt gäller statlig verksamhet, likafullt skulle kräva en annan placering än i kommunallagen. Samtidigt är det tydligt av både betänkandet och hittillsvarande KOS-erfarenheter att det främst är den kommunala sektorn som upplevs som ett problemområde när det gäller oönskad offentlig säljverksamhet.

Betänkandets förslag medför en ordning som betänkandet redovisar starka skäl emot

I betänkandet (s. 469) redovisas följande: *”I direktiven nämns som en möjlig väg för att göra reglerna mer ändamålsenliga att införa en presumtion för att kommunal verksamhet som faller utanför den kommunala kompetensen ska anses ha konkurrensbegränsande effekter.”*. Vidare anges i denna del:

En nackdel med detta alternativ är att fokus för prövningen hamnar på kompetensenligheten enligt kommunallagen i stället för på verksamheten eller förfarandets påverkan på konkurrensen eller på privata aktörers verksamhet. Kompetensfrågan har inte kommit att bli avgörande i de mål som prövats i domstol hittills. Att låta prövningen utgå enbart från kommunal kompetens medför inte heller att prövningen med säkerhet blir enklare. Någon tydlig åtskillnad mellan verksamhet som är förbehållen det egentliga näringslivet och verksamhet som kommunerna har befogenhet att engagera sig i låter sig inte göras. Det går inte att på förhand avgöra när det finns ett allmänt intresse enligt kommunallagen. [...]
(se s. 469–470)

Vi anser att den reglering som betänkandet föreslår är fullt likvärdig med att, enligt ovan, införa en presumtion för konkurrensbegränsade effekter. Betänkandets förslag går i praktiken ett steg längre än att införa en presumtion för konkurrensbegränsade effekter. Som har konstaterats ovan har betänkandet gett otillbörlighetsrekvisitet en betydelse som innebär att *all offentlig säljverksamhet* som sker på en marknad är otillbörlig. Huruvida förbudet har överträtts kokar därmed ner till bedömningen av verksamhetens kompetensenlighet (försvarbar eller inte?).

Betänkandets lagförslag skapar med andra ord just den situation som betänkandet synes ha avfärdat som olämplig, se betänkandets motivering ovan (s. 469–470).

Lagstiftarens sätt att reglera den kommunala kompetensen låter sig inte kombineras med en förbudsregel av konkurrensrättslig typ

Även om dessa aspekter något har berörts ovan förtjänar vissa principiella invändningar mot betänkandets förslag ytterligare belysning.

Om den kommunala kompetensen inom det frivilliga området hade varit bestämd på så sätt att riksdagen genom lag uttömmande förtecknade de verksamhetsområden som vid varje tidpunkt är tillåtna (inom den kommunala kompetensen), hade införandet av en förbudsregel av nu föreslagen typ varit oproblematiskt. Alla andra än de explicit tillåtna verksamhetstyperna hade då, per definition, varit otillåtna. Om en kommun därvid hade inlett eller ägnat sig åt en annan verksamhet än de tillåtna skulle det inte möta några hinder att kunna ingripa mot en sådan kommun med föreläggande vid vite och avgifter för förfluten tid.

Lagstiftaren har dock inte valt ovannämnda modell för regleringen av den kommunala kompetensen. Det har inte ansetts önskvärt att exakt och uttömmande ange vad en kommun får

ägna sig åt; kompetensen har i stället ansetts kunna variera över tid och utifrån skilda geografiska förutsättningar. Lagstiftningens förhållandevis fria (oprecisa) tyglar får också sägas avspegla den kommunala självstyrelsen. Centrala ställningstaganden i rättsbildningen rörande kommunal kompetens har alltså överlämnats till rättstillämpningen. En sådan regleringsmodell bygger på, och kräver, att frågor om kommunalrättslig tillåtlighet då och då provas allsidigt i domstol. Därmed måste lagstiftningen också möjliggöra att de som är parter i en sådan process är beredda att ibland genomgå en domstolsprövning.

Det är enligt vår mening uppenbart att den nuvarande svenska modellen, med en dynamisk och i stora stycken praxisbestämd kommunal kompetens, inte kan fungera om det samtidigt införs en förbudsreglering, av konkurrensrättslig typ, enligt betänkandets förslag. Det uppstår då en situation där lagstiftaren tydligt ger med den ena handen och tar med den andra.

Det uppkommer, med betänkandets förslag, mycket stora ekonomiska risker *redan om* tillsynsmyndigheten Konkurrensverket inte delar en kommuns kommunalrättsliga bedömning, oavsett vilken bedömning domstol senare må göra. Konkurrensverket ges bland annat rätt att, genom ett beslut som gäller omedelbart, besluta att en viss förbudsöverträdelse ska upphöra vid äventyr av vite (se författningskommentaren till 10 och 18 §§).⁴ Ett sådant föreläggande kan avse att, vid vite om ett kännbart belopp, upphöra med viss verksamhet senast en viss dag. Om den offentliga aktören *inte* lyckas uppnå inhibition av beslutet efter överklagande till domstol, kommer den offentliga aktören sannolikt tvingas upphöra med verksamheten, vid datumet enligt beslutet, redan på grund av viteshotet. Utfallet i inhibitionsprövningen blir i dessa fall minst lika avgörande för kommunen som den eventuellt efterföljande slutliga prövningen i sak.

Prövningen av ett inhibitionsyrkande är summarisk och av lägre kvalitet än en slutlig sakprövning; ofta sker den snabbt och på en tidig, ofullständig utredning. En rad svåra intresseavvägningar kan aktualiseras för domstolen vid en inhibitionsprövning av nu aktuell typ⁵, härutöver tillkommer den svårgjorda prognosen över sannolikheten för olika utfall vid den slutliga prövningen. Med hänsyn till den oförutsebarhet som kommer att präglade dessa inhibitionsprövningar är detta inte ett lämpligt och rättssäkert forum för att avgöra principiellt

⁴ Noterbart är vidare att Konkurrensverket enligt 11 § – vilket är än mer ingripande – också ges rätt att fatta ett sådant beslut, interimistiskt, innan Konkurrensverket för egen del är färdig med sin utredning.

⁵ Exempelvis: hur ska domstolen, när tillåtligheten av en verksamhet är stridig, balansera kommunens intresse av att fortsätta driva en viss verksamhet mot privata företags intresse av att inte möta konkurrens av en kommunal verksamhet? Vem lider störst skada eller men, och vems intresse ska prioriteras, under den tid då domstolsprövning pågår och saken inte är slutligt avgjord?

viktiga frågor om den kommunala kompetensen. Som ett minimum bör därför regleringen föras med en regel som, vid ett överklagande, ger en kommun rätt till *automatisk inhibition* av ett beslut av Konkurrensverket som innebär ett föreläggande att avveckla en verksamhet under viteshot. En tvångsvis avveckling av en verksamhet bör inte kunna bli aktuell innan en domstol allsidigt prövat frågorna slutligt. Med hänsyn till de stora konsekvenserna av en verksamhetsavveckling bör därtill, som huvudregel, krävas att domstolsavgörandet ska ha vunnit laga kraft (för att ge kommunen rätt till en flerstansprövning och skapa förutsättningar för prejudikatbildning).

Den dynamiska kommunala kompetensen riskerar enligt vår mening att stagnera om det införs regler som med ekonomiska hot tvingar kommunerna att bara vara aktiva inom de områden där det med orubblig juridisk säkerhet går att slå fast att säljverksamhet alltid är tillåten. Att ge Konkurrensverket befogenheter med effekt att det är Konkurrensverket som bestämmer innebörden av den kommunala kompetensen riskerar, i ljuset av Konkurrensverkets traditionella fokusområden, att ge ett ensidigt fokus på näringslivets intressen av att bedriva verksamhet utan konkurrens från offentlig sektor. Att överlämna uttolkningen av den kommunala kompetensen till rättstillämpningen är en sak. Att överlämna frågorna till Konkurrensverket vore ett drastiskt systemskifte.

Lagförslaget kan, om det genomförs, förväntas medföra att kommunernas vilja att göra kostsamma investeringar, exempelvis i olika typer av infrastruktur, kommer att avstanna. Ingen kommun kommer kunna känna sig säker på att den själv kan dra nytta av de gjorda investeringarna. Någon prövning i förväg av kompetensenligheten är, enligt betänkandets förslag, inte möjlig. En rationell kommun kommer därför av försiktighetsskäl endast våga bedriva säljverksamhet inom de områden där sådan verksamhet är obligatorisk eller där försäljningsverksamhet har uttryckligt stöd i specialförfattning. Om ett sådant försiktigt beteende från landets kommuner är vad lagstiftaren faktiskt vill åstadkomma, vore det rakare och mer lämpligt att materiellt förändra den kommunala kompetensen genom att i 2 kap. kommunallagen inta ett stadgande enligt ungefär: "Säljverksamhet på en marknad får endast bedrivas om det finns en annan lag som tillåter säljverksamheten.". Därefter kan lagstiftaren från tid till annan genom lag aktivt bestämma inom vilka områden kommunal säljverksamhet är önskvärd.

Sammanfattningsvis är betänkandets förslag för långtgående och oförenliga med hur lagstiftaren, som modell, har valt att reglera den kommunala kompetensen. Tvångsvisa ingripanden mot

kommuner grundade i påståenden om kompetensstridig verksamhet bör även fortsättningsvis endast kunna ske genom domstolsbeslut och efter en allsidig, lagakraftvunnen sakprövning.

Det redovisas inte i betänkandet ett tillräckligt sakligt behov av så långtgående åtgärder som förslaget innebär.⁶ Det står klart att det finns flera mindre ingripande sätt att förändra och skärpa dagens regelverk, utan att för den skull gå så långt som det systemskifte som skulle bli följden av betänkandets förslag.

För Advokataktiebolaget Albatross

Kaisa Adlercreutz

Johan Lidén

⁶ Se bland annat s. 25-26 i betänkandet, där exemplen gymverksamhet och caféverksamhet omnämns.